

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala: Primera de Decisión
Magistrado ponente: BG. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación: 159266-XV-529- EJC.
Procedencia: Juzgado 10 de Instancia de Brigada del Ejército Nacional
Procesado: SLR. ZAMBRANO BRAYDI HOMERO ALFONSO
Delito: Del centinela
Motivo de alzada: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Modifica pena.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO A RESOLVER

Se conoce del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 18 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado 10° de Primera Instancia de Brigada del Ejército Nacional, por medio de la cual condenó al SLR. ZAMBRANO BRAIDY HOMERO ALFONSO a la pena principal de nueve (9) meses de prisión sin beneficio de la condena de ejecución

condicional, al encontrarlo autor responsable del delito del centinela.

II. HECHOS

Se extraen del informe de denuncia que signó el SS. ALEJANDRO LADINO, comandante de guardia del Batallón de A.S.P.C. N° 16 "TE. WILLIAM RAMÍREZ SILVA", que el 24 de febrero de 2019, a eso de las 08:30 horas, el SV. ALEJANDRO BRITO GARCÍA, suboficial de contrainteligencia de la Octava División del Ejército Nacional, encontró al SLR. ZAMBRANO BRAIDY HOMERO dormido en la garita 18 donde éste cumplía el servicio de centinela.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1 Por los hechos que se vienen de referir, el Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar el 10 de mayo de 2019¹ abrió formal investigación contra el SL18. ZAMBRANO BRAIDY HOMERO por el delito del centinela, a quien vinculó mediante indagatoria el 20 de septiembre siguiente². Durante la diligencia de vinculación, el soldado aceptó los cargos que le fueron formulados por el delito del centinela, por lo que el instructor, conforme las reglas del canon 97 de la Ley 1765 de

¹ Folios 49 a 50 del C.O.

² Folios 81 a 82 del C.O.

2015, procedió a levantar el acta de aceptación de cargos³.

3.2 Siguiendo las pautas de la disposición referida, el proceso fue remitido al Juzgado 10 de Instancia de Brigada del Ejército Nacional, despacho que el 18 de noviembre de ese mismo año condenó al SL18. HOMERO ALFONSO ZAMBRANO BRAIDY a la pena y por el reato precedentemente comentado. Contra ésta decisión la defensa, inconforme, presentó recurso de apelación que hoy ocupa la vista de este Juez Colegiado.

IV. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo luego de impartirle aprobación al acta de aceptación de cargos, se refirió a la dosimetría penal en los siguientes términos:

"Habida consideración de las previsiones legales contenidas en los artículos 59, 60, 61, 63 y 64, del código penal militar, para efectos de la graduación punitiva de la pena a imponer, encuentra el despacho, que respecto del SLR. ZAMBRANO BRAIDY HOMERO ALFONSO se tomará como pena imponible al bajo banderas en mención, la pena mínima prevista en el artículo 112 del régimen castrense para el delito de centinela, esto es, un (1) año o doce (12) meses y una máxima de tres (3) años o (36) meses de prisión. Parámetros a los que

³ Folios 83 a 85 del C.O.

se ha de aplicar, el numeral 3° del artículo 60 de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el hoy condenado aceptó la imputación fáctica y jurídica, que fuere realizada en diligencia de indagatoria, de conformidad con los presupuestos del artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, haciéndose acreedor a un descuento de un 50% de la pena a imponer."

"En orden a lo anterior, la pena a imponer se ubica en un mínimo de seis (6) meses y un máximo de treinta y seis (36) meses, correspondiendo el ámbito punitivo de movilidad a treinta (30) meses, que dividido en cuatro, nos redunda en un lapso de siete punto cinco (7.5), resultado con el cual se compondrá cada cuarto. 6-13.5, 21-28.5-36."

"Ahora bien, teniendo en cuenta que el señor SLR. ZAMBRANO BRAIDY HOMERO ALFONSO no presenta antecedentes judiciales, por lo que al concurrir exclusivamente circunstancias de atenuación punitiva se tomará como pena imponible la ubicada dentro del primer cuarto de movilidad, para imponer en definitiva una pena de nueve (9) meses o doscientos setenta (270) días de prisión"⁴.

Seguidamente se adentró al estudio de las pruebas de cara a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad frente al delito del centinela, en punto de lo cual afirmó que los medios de convicción arrimados permiten dar por demostrados aquellos elementos estructurales

⁴ Folios 95 a 96 del C.O.

de la conducta punible, por lo que *"Bajo esta situación fáctica y jurídica y al tenor del artículo 76 de la Ley 1765, tenemos, que la pena definitiva a imponer queda en un lapso de nueve (9) meses o doscientos setenta (270) días de prisión, de conformidad y como quedó analizado anteriormente al tenor de lo dispuesto en el artículo 97 de la ley 1765 del 23 de julio de 2015."*⁵.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa señaló que el beneficio contenido en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, del cual tiene derecho su representado por haber aceptado los cargos durante la indagatoria, no se vio reflejado en la pena que le fue impuesta a su cliente.

En efecto, dijo que es extraño que el *a quo* al momento de iniciar el conteo de los respectivos cuartos de movilidad haya empezado por 6 meses, cuando el tipo penal prevé que el mínimo para el delito del centinela es de 1 año o lo que es lo mismo 12 meses, por lo que era a partir de éste valor que debió empezarse el conteo, de ahí que *"...la pena impuesta por el Juez de conocimiento, estaría en discrepancia con la justa proporción, en relación a que una vez el soldado ZAMBRANO acepta los cargos, espera que el tiempo a estar detenido cuente con el 50% de disminución de la pena mínima a cumplir como lo dice la norma. Es así que el tiempo que debe estar recluido del (sic) aquí acusado no superaría*

⁵ Folio 106 del C.O.

los 6 meses, logrando dar aplicabilidad a lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 1765 del 2015...”⁶.

Agregó que “...de nada sirvió que el acusado aceptara la responsabilidad de sus actos, cuando el juez cambió radicalmente su posición frente a la aplicabilidad del beneficio de la Ley 1765 del 2015, condenando al soldado a nueve meses o doscientos setenta (270) días de prisión, ya que el cuarto mínimo lo fijó desde 6 meses hasta 13.5 meses, desconociendo las razones y/o circunstancias que lo motivaron para este veredicto, dejando de lado la rebaja que por ley le corresponde al acusado.”⁷.

Apoyada en decisiones de la Corte Constitucional, vertidas en los radicados C-341 de 2014, con ponencia del DR. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, C-444 de 2011, con ponencia del DR. CARLOS HENAO PÉREZ y C-820 de 2005, con ponencia de la DRA. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, así como la que profirió esta Corporación de Justicia Especial para la Fuerza Pública con ponencia del TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, ofrecida dentro del radicado 158382 del 24 de enero de 2017, expresó que *“...existe una flagrante vulneración a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena, afectando gravemente la seguridad jurídica del acusado, cuando el juez realiza una dosificación que se aparta de lo que reglamenta la ley, dando un tiempo diferente y superior al que realmente debe ser condenado el SLR. ZAMBRANO BRAIDY*

⁶ Folio 120 del C.O.

⁷ Folio 120 del C.O.

HOMERO ALFONSO, desconociendo los beneficios que trae consigo la Ley 1765 de 2015 en su artículo 97.”⁸.

Con fundamento en las anteriores razones, solicitó revocar el numeral segundo de la sentencia apelada y redosificar la pena a seis meses de prisión.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora 7 Judicial II Penal pidió acoger la pretensión de la defensa, en tanto que en su parecer el a quo “...no motivó en debida forma las razones por las cuales se partió de un quantum superior al mínimo de la pena establecido para el delito del centinela.”⁹.

Dijo que “...aunque primero se indicó que se partiría del mínimo de la pena, con posterioridad se precisó que se partiría del primer cuarto de movilidad, que oscilaba entre los 6 y 13,5 meses de prisión, generándose una confusión. Una cosa es el mínimo de la pena, y otra bien distinta el primer cuarto. En segundo lugar, aunque intentó motivar las razones por las cuales se optó por dosificar la pena en nueve y no en seis meses de prisión, en criterio de esta delegada de la procuraduría, lo cierto es que las razones indicadas no ofrecen esa explicación, pues los motivos anotados guardan relación con aspectos propios de la responsabilidad del procesado y de la importancia del bien jurídico tutelado pero no ofrecen una motivación plausible de por qué no se partió del mínimo de

⁸ Folio 123 del C.O.

⁹ Folio 135 del C.O.

la pena como inicialmente se había señalado, sino que llegó a moverse casi hasta la mitad del primer cuarto, optándose por imponer 9 meses.”¹⁰.

Expresó que aun cuando es sabido que el juez primario goza de discrecionalidad al momento de imponer la pena, tal facultad es reglada y su determinación debe ser motivada y consultar criterios de proporcionalidad, como una garantía al debido proceso y derecho de defensa, por lo que su pretermisión vulnera derechos y garantías superiores.

Recordó cómo el artículo 61 de la Ley 1407 de 2010 prevé los fundamentos que se deben tener en cuenta a la hora de individualizar la pena y citó la decisión de la Corte Suprema de Justicia contenida en el radicado SP16558-2015, cuyos apartes transcribió, para sostener que el a quo “...Luego de un primer yerro, es decir, cuando afirmó que partiría del mínimo de la pena,...incurrió en un segundo dislate, al intentar, sin mayor éxito en nuestra modesta opinión, explicar por qué fijaba la pena en nueve meses de prisión, sin haber expuesto a satisfacción, por qué razón en el caso materia de análisis, la conducta protagonizada por el SLR. ZAMBRANO BRAIDY resultaba de mayor gravedad; o si el riesgo creado se había concretado o potencializado y en qué forma; o por qué razón el dolo tenía mayor intensidad en este caso, entre otros aspectos.”¹¹.

¹⁰ Folio 132 del C.O.

¹¹ Folio 135 del C.O.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa, de conformidad con el artículo 283.3 de la Ley 522 de 1999, norma aplicable en su parte procesal, bajo las limitaciones que impone el artículo 583 de tal codificación, de tal suerte que la segunda instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el impugnante, salvo la nulidad y los inescindiblemente vinculados a la investigación, con el fin de hacer prevalecer el derecho sustancial y para efectos de la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión que se debe adoptar (CSJ CP radicado 23259 del 23 de marzo de 2006)¹².

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La apelante se mostró inconforme con el fallo de primer grado, porque en su parecer el *a quo* erró al momento de dosificar la pena que le irrogó a su cliente al no reconocerle a éste la rebaja de que trata el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, a la cual tenía derecho por haber aceptado los cargos que le formuló el juez de instrucción durante la indagatoria.

¹² Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, radicado 23259, sentencia del 23 de marzo de 2006, MP. DR. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN: "*doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación resulta procedente cuando se advierta hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional*".

En esa dirección, estimó la defensa que se violentó no solo el principio de favorabilidad de su representado *"...porque de nada sirvió que el acusado aceptara la responsabilidad de sus actos, cuando el juez cambió radicalmente su posición frente a la aplicabilidad del beneficio de la Ley 1765 de 2015, condenando al soldado a nueve (9) meses o doscientos setenta (270) días de prisión, ya que el cual cuarto mínimo lo fijó desde 6 meses hasta 13.5, desconociendo las razones y/o circunstancias que lo motivaron a este veredicto, dejando de lado la rebaja que por ley le corresponde al acusado."*¹³, sino también el debido proceso y el principio de legalidad de la pena.

Pues bien, para resolver el reparo se estima necesario empezar por recordar que la omisión en el reconocimiento de una rebaja punitiva prevista en la norma encuentra estrecha relación con el debido proceso, de manera más específica con uno de sus componentes estructurales, como es el principio de legalidad.

En efecto, el artículo 29 Constitucional prevé que *"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente."*¹⁴.

¹³ Folio 120 del C.O.

¹⁴ Constitución Política de Colombia.

Lo anterior significa, según las voces de la jurisprudencia Constitucional, que al legislador le corresponde "(i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) el señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la definición de las autoridades competentes y (iv) **el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables**, todo ello en aras de garantizar un debido proceso."¹⁵ (Negrillas de la Sala).

Siendo ello así, la legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder público, y en ese sentido "no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley"¹⁶.

De manera más particular, en materia penal y con relación al anotado principio, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que esta prerrogativa "comporta varios elementos"¹⁷ que la doctrina especializada reconoce como "los principios legalistas que rigen el derecho penal"¹⁸, los cuales define de la siguiente manera:

¹⁵ Sentencia C-592 de 2005, MP. DR. ÁLVARO TAFUR GÁLVIS.

¹⁶ Ver Sentencia C-710/01 M.P. JAIME CÓRDOBA TREVIÑO.

¹⁷ Según la reiterada jurisprudencia de esta Corporación el principio de legalidad en materia penal se ha entendido en sentido lato, y comprende dos aspectos: en primer término, la estricta reserva legal en la creación de los delitos y las penas, y en segundo lugar, la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes, y en sentido estricto, referido a la necesidad de la descripción taxativa de los elementos que estructuran el hecho punible y a la inequívocidad en su descripción. Ver, entre otras, la Sentencia C-996/00 M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

¹⁸ Ver Sentencia C-739/00 M.P. FABIO MORÓN DIAZ.

" ...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale indicum, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal."¹⁹.

Esto quiere decir que para poder legítimamente aplicar sanciones por parte del Estado²⁰, y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, deben respetarse estas garantías fundamentales del debido proceso, destinadas a "proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal".²¹

La jurisprudencia ha señalado, igualmente, que **para imponer sanciones penales**, "no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además **debe precisar el procedimiento** y el juez competente para investigar y sancionar esas

¹⁹ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal", Edit. Losada, Buenos Aires Argentina, 1950.

²⁰ Al respecto debe recordarse que dichos principios se aplican de manera general en el derecho sancionador. Ver Sentencia C-708/99, MP. ALVARO TAFUR GALVIS.

²¹ Ver Sentencia C-653/01 M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

*conductas (CP arts. 28 y 29)“²². Por ende, para que se pueda sancionar penalmente a una persona, no es suficiente que el Legislador defina los delitos y las penas imponibles sino que **debe existir en el ordenamiento un procedimiento aplicable** y un juez o tribunal competente claramente establecidos. (Resaltado nuestro)*

Para esta Corporación la exigencia contenida en este aspecto en el artículo 29 hace relación a la existencia de un juez independiente e imparcial a quien el ordenamiento jurídico haya atribuido la competencia para decidir sobre la conducta de la persona acusada de un hecho punible; juez o tribunal que deberá observar la plenitud de las “formas propias de cada juicio”, establecidas igualmente por el legislador.”²³.

Orientados por las anteriores directrices y ubicados en el caso puntual, vemos que en este asunto ciertamente el SL18. HOMERO ALFONSO ZAMBRANO BRAIDY el 20 de septiembre de 2019²⁴, durante el desarrollo de la diligencia de vinculación, decidió, asistido por su defensora, en un acto unilateral, consciente, libre y voluntario aceptar los cargos que por el delito del centinela le fueron imputados por el Juez 45 de Instrucción Penal Militar.

²² Ver Sentencia C-843/99 M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

²³ Sentencia C-592 de 2005, MP. DR. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

²⁴ Folios 81 a 85 del C.O.

Frente a tal panorama y como está dispuesto en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, citado en dicha diligencia judicial, el juez investigador levantó un acta²⁵ que fue suscrita por el procesado y su defensora, en la que se consignó el acto de aceptación de cargos y remitió el expediente ante el Juez 10 de Instancia de Brigada del Ejército Nacional, quien procedió a su verificación y una vez lo avaló emitió la decisión de fondo.

La disposición antes referida ciertamente consagra, como un fenómeno post-delictual, una rebaja punitiva de hasta la mitad de la pena imponible, en el evento en que el procesado durante la indagatoria acepte los cargos que le impute el juez de instrucción penal militar.

En ese sentido, era mandado que el juez primario, tal como lo reclama la defensa, le reconociera al justiciado la rebaja que prevé la disposición comentada, por encontrar acomodación perfecta el supuesto de hecho que revela la actuación procesal con el que consagra la norma.

Ahora bien, resulta conveniente revisar los argumentos que soporta la proposición de la defensa a efectos de determinar si en verdad no se reconoció la anotada

²⁵ Folios 83 a 85 del C.O.

rebaja o si se hizo de manera equivocada durante el proceso de dosificación. Miremos:

*"...Situación que no se ve reflejada al momento de hacer la dosificación, dado que **al iniciarse el conteo en los respectivos cuartos, estos inician desde los 6 meses**, aspecto que extraña a la defensa, dado que el artículo hace alusión a que la pena a cumplir para el delito de CENTINELA es de un mínimo de un (1) año y un máximo de (3) años, siendo necesaria hacer mención a: (...) (Negrillas nuestras)*

*Lo anterior conduce a tener presente una regla básica para lograr determinar con certeza cuál sería el cuarto mínimo de movilidad adecuado para este caso, de esta manera y partiendo de lo anterior, encuentra la suscrita que **el tiempo mínimo para iniciar la regla de dosificación debe iniciar desde los 12 meses** (teniendo presente que esta es la pena mínima del delito endilgado), y no dar comienzo desde 6 meses como lo hizo el Despacho, en efecto la pena impuesta por el Juez de conocimiento estaría en discrepancia con la justa proporción, en relación a que una vez el soldado ZAMBRANO acepta los cargos, espera que el tiempo a estar detenido cuente con el 50% de disminución de la pena mínima a cumplir como lo dice la norma. Es así que el tiempo que debe estar recluido del (sic) aquí acusado no superaría los 6*

meses, logrando dar aplicabilidad a lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 1765 del 2015..."²⁶

"Con ocasión a la pena impuesta por el Juez, considera la defensa que se está vulnerando el principio de favorabilidad, porque de nada sirvió que el acusado aceptara la responsabilidad de sus actos, cuando el juez cambió radicalmente su posición frente a la aplicabilidad del beneficio de la Ley 1765 del 2015, condenando al soldado a nueve meses o doscientos setenta (270) días de prisión, ya que el cuarto mínimo lo fijó desde 6 meses hasta 13.5 meses, desconociendo las razones y/o circunstancias que lo motivaron para este veredicto, dejando de lado la rebaja que por ley le corresponde al acusado."²⁷.

Repasemos ahora, qué fue lo que hizo el juez del caso durante el proceso de dosificación punitiva:

"Habida consideración de las previsiones legales contenidas en los artículos 59, 60, 61, 63 y 64, del código penal militar, para efectos de la graduación punitiva de la pena a imponer, encuentra el despacho, que respecto del SLR. ZAMBRANO BRAIDY HOMERO ALFONSO se tomará como pena imponible al bajo banderas en mención, **la pena mínima** prevista en el artículo 112 del régimen castrense para el delito de centinela, esto es, **un**

²⁶ Folio 120 del C.O.

²⁷ Folio 120 del C.O.

(1) año o doce (12) meses y una máxima de tres (3) años o (36) meses de prisión. Parámetros a los que **se ha de aplicar, el numeral 3° del artículo 60 de la Ley 1407 de 2010**, teniendo en cuenta que el hoy condenado aceptó la imputación fáctica y jurídica, que fuere realizada en diligencia de indagatoria, **de conformidad con los presupuestos del artículo 97 de la Ley 1765 de 2015**, haciéndose acreedor a un descuento de un 50% de la pena a imponer.”

“En orden a lo anterior, la pena a imponer se ubica en un mínimo de seis (6) meses y un máximo de treinta y seis (36) meses, correspondiendo el ámbito punitivo de movilidad a treinta (30) meses, que dividido en cuatro, nos redunda en un lapso de siete punto cinco (7.5), resultado con el cual se compondrá cada cuarto. 6-13.5, 21-28.5-36.”

“Ahora bien, teniendo en cuenta que el señor SLR. ZAMBRANO BRAIDY HOMERO ALFONSO no presenta antecedentes judiciales, por lo que al concurrir exclusivamente circunstancias de atenuación punitiva se tomará como pena imponible la ubicada dentro del primer cuarto de movilidad, para imponer en definitiva una pena de nueve (9) meses o doscientos setenta (270) días de prisión”²⁸
(Destacado de la Sala)

Al verificar la acusación con la decisión objeto de escrutinio, encuentra la Sala que no es cierto, como

²⁸ Folios 95 a 96 del C.O.

lo sostiene la libelista, que no se haya reconocido la disminuyente prevista en el artículo 97 de la Ley 1765, pues como quedó visto de los apartes resaltados ello sí ocurrió.

Sin embargo, lo que sí advierte la Colegiatura fue que se presentó un yerro en la forma como se adelantó el proceso de dosimetría penal, que impone a la Colegiatura realizar algunas precisiones de orden conceptual, antes de resolver de fondo el planteamiento.

Lo primero que hay que evocar es que el instituto de la aceptación de cargos que prevé el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015 hace parte del llamado derecho penal premial, en tanto que el procesado en un acto unilateral, consciente, libre y espontáneo, asistido por su defensor y durante la indagatoria acepta los cargos que le imputa el juez de instrucción penal militar a cambio de una rebaja punitiva sustancial, como contraprestación legal por el sometimiento a la justicia y la correlativa economía judicial.

La naturaleza premial del instituto de la aceptación de cargos consagrado en la anotada norma, no se opone en modo alguno al modelo de procesamiento mixto contenido en la Ley 522 de 1999, por el contrario, resulta ser consustancial a éste, lo armoniza y lo complementa, pues teleológicamente fue diseñado para

descongestionar los despachos de la justicia penal militar y policial de los procesos de mayor ocurrencia y menor impacto contenidos en la Ley 1058 de 2006, tal como se lee del parágrafo²⁹ del artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, y de ésta manera entonces *"garantizar la plena operatividad del sistema penal acusatorio en la jurisdicción especializada."*³⁰.

Bajo ese entendido, lo segundo que hay que decir es que en contraposición están los preacuerdos y negociaciones, que aún cuando son propios también de la llamada justicia premial, procesalmente difieren de la naturaleza del primer instituto, en tanto que los segundos mecanismos no solo tienen cabida y son connaturales a la sistemática procesal de tendencia acusatoria contenida en la Ley 1407 de 2010, sino que además resultan ser actos consensuados y no unilaterales, como lo es el instituto de la aceptación de cargos de la Ley 1765 de 2015.

No obstante, en lo que sí no existe contrariedad sino coincidencia es que ambas instituciones, es decir, los preacuerdos y negociaciones consagrados en la Ley 1407 de 2010, como la aceptación de cargos de que trata el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, son fenómenos postdelictuales en tanto que tienen lugar después de la comisión de los delitos.

²⁹ "Parágrafo. Este procedimiento será aplicable únicamente para las conductas punibles establecidas en la Ley 1058 de 2006."

³⁰ Capítulo II de la Ley 1765 de 2015.

Sin embargo, el fenómeno postdelictual de la aceptación de cargos³¹, al ser un acto unilateral y no consensuado que no modifica por tanto las consecuencias jurídicas del tipo penal, se insiste, por no tratarse de una negociación o preacuerdo, no solo impone que deba atenderse los criterios y metodologías previstos en la norma para la tasación de la pena, esto es, la aplicación del sistema de cuartos de que trata el artículo 61 de la ley 1407 de 2010³², sino que además, como un correlato lógico, conlleva a que, determinada la pena imponible en concreto se haga la reducción punitiva que consagra la norma³³.

Lo sucedido en este asunto fue que el juez primario una vez estableció el mínimo de la pena a imponer, esto es, doce (12) meses de prisión, procedió, conforme al numeral 3³⁴ del artículo 60 de la Ley 1407 de 2010, a hacerle la reducción de la mitad de la pena de que trata el canon 97 de la Ley 1765 de 2015, por virtud de la aceptación de cargos que hizo el procesado durante la indagatoria, cuando lo que debió haber hecho, como antes se dijo, era individualizar la pena conforme a los criterios y metodologías previstas en la norma y una vez determinada ésta en concreto,

³¹ Artículo 97 de la Ley 1765 de 2015.

³² "**Parágrafo.** El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre el Fiscal Penal Militar y la Defensa."

³³ Artículo 97 de la Ley 1765 de 2015.

³⁴ "3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, esta se aplicará al mínimo de la infracción básica."

hacerle la reducción de que trata la disposición tantas veces comentada.

En ese orden de cosas, es claro que le asiste razón a la defensa, en total acuerdo con el concepto de la delegada del Ministerio Público para esta Instancia, pero solo en la manera como más adelante se precisará, y es por ello que la Colegiatura entrará a redosificar la pena que el juez primario le impuso al justiciado, como a continuación se pasa a realizar.

IX. REDOSIFICACIÓN PUNITIVA.

Analizando la indagatoria y el acta de aceptación de cargos que para el efecto se levantó³⁵, vemos que al SL18. ZAMBRANO BRAIDY HOMERO ALFONSO se le imputó cargos por la comisión del delito del centinela, consagrado en el canon 112 de la Ley 1407 de 2010, que tiene prevista una pena de prisión de 1 a 3 años.

Como en este caso no existen circunstancias modificadoras del ámbito punitivo, lo consiguiente será individualizar la pena que se irrogará y ello se hará conforme las previsiones del artículo 61 de la obra comentada, que dispone aplicar el sistema de cuartos.

³⁵ Folios 83 a 85 del C.O.

Pues bien, bajo esa regla encontramos los siguientes cuartos de movilidad:

CUARTO MÍNIMO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
12 a 18 meses	18 meses 1 día a 24 meses	24 meses y 1 día a 30 meses	30 meses y 1 día a 36 meses

Ahora bien, respetando los criterios que tuvo en cuenta el juez primario, esto es, *"...teniendo en cuenta que el señor SLR. ZAMBRANO BRAIDY HOMERO ALFONSO no presenta antecedentes judiciales, por lo que al concurrir exclusivamente circunstancias de atenuación punitiva."*³⁶, la Sala, en la misma forma como lo hizo el a quo, se ubicará en el cuarto mínimo de movilidad.

Establecido lo anterior y para imponer la pena en concreto dentro del anotado cuarto de movilidad, es deber ponderar los siguientes aspectos: *"la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto."*³⁷.

Para el caso puntual, aunque el delito del centinela es de mera conducta, esto es, que se perfecciona o agota cuando se realiza el comportamiento descrito en

³⁶ Folio 96 del C.O.

³⁷ Inciso tercero del artículo 61 de la Ley 1407 de 2010.

el verbo rector, lo cierto es que dicha conducta dentro del ámbito castrense y policial se considera de suma gravedad, dada la importancia que representa el bien jurídico que a través de dicho punible se tutela.

Y, de más gravedad es aún en el caso presente, dadas las circunstancias en las que procesalmente se conoce se presentó el comportamiento, pues, tal como lo valoró el juez primario, a pesar del conocimiento que el procesado tenía frente a los delitos típicamente militares *"...decide dormir durante su servicio de centinela, predisponiendo su voluntad y comportamiento de forma dolosa, pues tal como quedó antes narrado por su superior SV. BRITO GARCÍA se acuesta a dormir, sobre una llanta colocando su fusil como espaldar y no por demás, guardando el chaleco y los proveedores en la parte interna de la llanta o coraza de caucho vehicular, quedando en un sueño profundo, que le impidió inclusive responder al llamado del suboficial, al momento en que se le pasa revista al puesto N° 18 de centinela."*³⁸.

Con lo anterior, es claro que no solo la conducta del enjuiciado fue de una gravedad importante, sino además potencialmente peligrosa para la seguridad de las instalaciones del Batallón de A.S.P.C. N° 16 del Ejército Nacional y la vida de las personas que allí en ese momento estaban, por las condiciones de seguridad que caracterizan la zona en la que se ubica la repartición militar y por la intensidad en el

³⁸ Folios 105 a 106 del C.O.

conocimiento y la voluntad con la que se ejecutó el comportamiento, tal como quedó puesto de presente en la valoración judicial reseñada en el párrafo anterior.

Por lo que se viene de expresar, y aun cuando se conoce que actualmente el justiciado no hace parte de las filas militares, este Juez Plural estima que en procura de darle vigencia y respeto a las normas que tutelan los bienes jurídicos de fundamental importancia para el estamento militar y policial, como lo es el Servicio, el justiciado debe hacerse acreedor a una pena de 14 meses de prisión.

No obstante, como el SL18. HOMERO ALFONSO ZAMBRANO BRAIDY aceptó los cargos que le formuló el juez de instrucción penal militar durante la diligencia de indagatoria, se le rebajará la mitad de la pena antes impuesta, en razón a que su decisión procesal aparejó sustanciales beneficios para la justicia y por tanto la pena a imponer será de 7 meses de prisión.

Finalmente, sea procedente aclarar que contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación discrecional³⁹, con miras a obtener de la Corte Suprema de Justicia su pronunciamiento respecto de temas jurídicos concretos, bien para unificar posturas conceptuales, actualizar la doctrina o para

³⁹ En tanto el delito por el cual se condenó al procesado no conlleva una pena cuyo máximo excede 8 años de pena privativa de la libertad.

abordar un tópico aún no desarrollado, ora para asegurar la garantía de derechos fundamentales⁴⁰, recurso que de interponerse se guiará por el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal de 2000 -Ley 600 de ese año-, de conformidad con lo ordenado recientemente por el máximo órgano de cierre en lo penal⁴¹.

Bastan las anteriores reflexiones para que la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

X. RESUELVA

PRIMERO: ACOGER la pretensión de la impugnante y, en consecuencia, **MODIFICAR** el numeral segundo del fallo apelado, en el sentido que la pena que le corresponde al SL18. HOMERO ALFONSO ZAMBRANO BRAIDY por la comisión del delito del centinela es la de siete (7) meses de prisión, de conformidad con las reflexiones que se hicieron en precedencia.

⁴⁰ Artículo 205 de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el artículo 368 de la Ley 522 de 1999.

⁴¹ CSJ. Radicados 49522(15-11-17), MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA; AP6766-2017, radicado No. 49808(11-09-17), MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA; AP6540-2016, radicado No. 48713 (28-09-16), MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

SEGUNDO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación discrecional, que podrá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de esta sentencia, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000⁴².

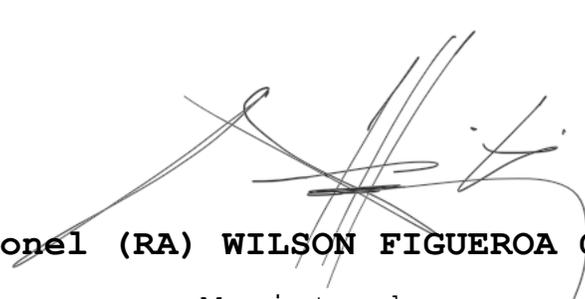
TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.



Brigadier General MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

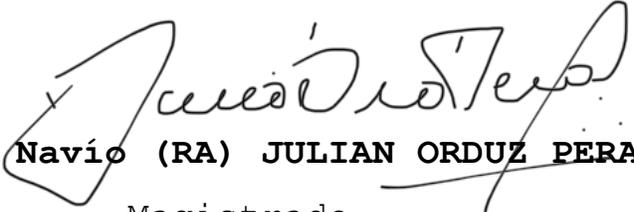
Magistrado Ponente



Coronel (RA) WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado

⁴² Sentencia AP6540-2016 Radicado 48713 del 28 de septiembre de 2016 MP. DR. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia Cfr. Radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11), 48713 (28-09-16) *Ídem*.


Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA
Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria